



## Revue européenne des sciences sociales

European Journal of Social Sciences

XXXVIII-118 | 2000

Limites de l'éthique dans l'action politique

---

# Éthique, juridique, politique : trinité laïque ?

Pierre Moor

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/687>

DOI : 10.4000/ress.687

ISSN : 1663-4446

### Éditeur

Librairie Droz

### Édition imprimée

Date de publication : 1 août 2000

Pagination : 29-44

ISBN : 2-600-00450-5

ISSN : 0048-8046

### Référence électronique

Pierre Moor, « Éthique, juridique, politique : trinité laïque ? », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XXXVIII-118 | 2000, mis en ligne le 15 décembre 2009, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/687> ; DOI : 10.4000/ress.687

---

**Pierre MOOR**

## **ÉTHIQUE, JURIDIQUE, POLITIQUE : TRINITÉ LAÏQUE?**

### **1. – «... IL FALLAIT ICI UN JURISTE»**

Se disant sans doute qu'il était difficile de traiter de l'éthique sans aborder la question du droit, les organisateurs de ce colloque ont invité un juriste à présenter un exposé<sup>1</sup>. D'un certain côté, ils ont eu raison. L'ordre juridique est un édifice normatif, et pose ainsi dans toute sa clarté le problème de l'impérativité des normes; d'autre part, il est la transposition autoritaire de valeurs socialement reconnues comme bonnes. Il y a donc bien quelque part, dans le droit, quelque chose qui doit avoir un rapport avec l'éthique.

D'un autre côté, je dois avouer qu'ils ont eu tort. Car, me mettant à ma table de travail, il y a quelques semaines, mon embarras a été total. Me disant que dans le titre devaient figurer nécessairement les mots politique et éthique, et que je m'exprimerais comme représentant de la discipline dite « droit », cela me donnait trois termes en interrelations nécessaires – trois, donc une trinité, unité composée de trois entités. A l'époque, je ne suis pas allé plus loin que cette espèce de jeu de mots: j'étais par conséquent bien éloigné d'une véritable problématique – celle qui est indiquée par les mots « interrelations nécessaires », lesquels devraient être un concept, et non pas simplement une formule pratique parce que vide de contenu.

Abordant donc il y a maintenant deux mois l'élaboration du texte que je vous propose aujourd'hui, plus précisément la problématisation de ces « interrelations nécessaires », je me suis dit que la meilleure manière d'entrer dans le vif du sujet, la manière la plus classique, celle qui représenterait l'apport spécifique de ma discipline, était de traiter des rapports entre la justice et le droit.

### **2. – PARLER DE LA JUSTICE?**

En effet, la justice n'est-elle pas ce qui surplombe le droit, comme l'éthique surplombe la morale? Le droit est fait de ce que les hommes ont imaginé comme organisation sociale à travers les vicissitudes de leur histoire concrète – autant dans l'aliénation que dans la libération. Il doit bien y avoir une situation fondatrice au-delà de tous les avatars sous lesquels le droit s'est présenté et à l'aune de

---

<sup>1</sup> Dont le présent texte conserve le style oral.

laquelle on pourrait mesurer sa prétention à instituer un ordre humain<sup>2</sup>. Partons donc de l'hypothèse que le droit, comme pratique sociale, requiert un fondement pour chaque ordre qu'il a constitué et qu'il constitue dans toutes ses manifestations, et que ce fondement est la justice : non pas comme idéal qu'il aurait à réaliser, mais comme fondement de sa légitimité et par conséquent de son impérativité.

Or, dans leur activité concrète, leur pratique, les juristes ne se posent guère la question de la justice de ce qu'ils font : ils se contentent d'établir la conformité au droit et, celle-ci établie, s'en satisfont. C'est ce qu'ils appellent le droit « positif », c'est-à-dire celui qui est – plus ou moins – effectivement appliqué dans une région et à une époque déterminées. Certes, ils sont parfois conscients qu'une application stricte d'une loi particulière peut amener un résultat que, intuitivement, ils seraient portés à rejeter. Il existe dans l'ordre juridique quelques instruments qui permettent alors de s'écarter de l'aboutissement légal pour imaginer une autre solution : le principe de la bonne foi, la notion d'abus de droit, la théorie des lacunes. Ils ne sont qu'exceptionnellement utilisés dans la jurisprudence : celle-ci adapte Pascal, et part de l'hypothèse (juridiquement : de la présomption) que, ne pouvant faire en sorte « que ce qui est juste soit *juridique*, on a fait que ce qui est *juridique* fût juste »<sup>3</sup>.

Il faut donc laisser les juristes à leur labeur quotidien et se tourner vers les philosophes – ou vers ceux des juristes qui ont tenté de réfléchir à ce qu'ils faisaient.

Reprenant une ligne de pensée illustrée aussi par Cicéron – un philosophe qui avait l'expérience pratique d'un homme de loi – l'un des plus grands jurisconsultes romains, Celse, a écrit une phrase qui est même entrée dans les pages roses du *Petit Larousse* : « *ius est ars boni et aequi* » ; Ulpien – autre grand jurisconsulte romain – cite cette phrase en observant que le mot de *ius* (droit) est dérivé de *ius-titia*<sup>4</sup>. Plus tard, les philosophes de l'Ecole du Droit naturel considéraient que des lois étaient inscrites dans l'ordre de la Création et que les droits positifs devaient les respecter. Aujourd'hui, Rawls estime que la dynamique d'un libre contrat fondateur garantit la justice du droit, aussi bien individuelle que sociale.

Les sophistes, eux – à qui Platon a fait une si mauvaise presse –, disaient que la vérité était l'opinion dont l'orateur persuadait son auditoire. Machiavel donnait au Prince des leçons de réalisme. Plus près de nous, Kelsen construisit une théorie pure du droit, dans laquelle l'ordre de la normativité découle seulement de l'étagement des niveaux de compétence : dès lors, le contenu même de la règle de droit est sans relation nécessaire avec son impérativité.

La question est certes fondamentale, et elle s'est posée souvent au XX<sup>e</sup> siècle, qui n'a pas été pauvre en régimes totalitaires : le droit est-il simplement ce qui

<sup>2</sup> Pourquoi ne pas s'inspirer d'un ouvrage de vulgarisation ? En l'occurrence : Angèle Kremer-Marietti, *L'éthique*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1987, p. 3 : « Si la morale est marquée du sceau de l'histoire présente ou passée, l'éthique concerne la théorie et la pratique morales considérées du point de vue d'une situation fondatrice, en perspective sur le passé et sur un futur immédiat ou lointain. [...] Dès lors que nous nous interrogeons sur les tenants et aboutissants de la morale, nous poursuivons déjà une enquête théorique dans un champ hors de tous les champs et les impliquant tous. Cette réflexion théorique [...] n'est autre que l'éthique générale ou la science de la morale ».

<sup>3</sup> Cf. *Pensées*, édition Brunschvicg, n° 298.

<sup>4</sup> D. 1,1,1, pr. ; « D. » signifie *Digeste*, qui est le recueil établi sur l'ordre de l'empereur Justinien, au VI<sup>e</sup> siècle, reprenant en une sorte de codification l'ensemble du droit romain ; il est uniquement composé de citations de jurisconsultes. L'extrait cité est la première des citations.

dirige, ou n'est-il proprement lui-même que s'il est dirigé par la justice? Est-il seulement ce à quoi il faut se conformer, ou n'est-il lui-même que s'il se conforme à une valeur qui le dépasse? L'image que son nom véhicule (ce qui est «droit») renvoie-t-elle seulement à ce qui est géométriquement rectiligne (une ligne «droite») ou bien plutôt à ce qui est, éthiquement valable (un comportement «droit»)?

Ces quelques rappels – si allusifs qu'ils sont (si j'ose dire) injustes pour les penseurs que j'ai cités – devront pourtant suffire ici. Les théories de la justice et du droit sont innombrables. Je pourrais en ajouter une, qui serait la mienne: mais je vous l'épargnerai – du moins pour l'instant. A faire l'histoire de cette problématique, on passerait des heures, en oscillant d'un extrême à l'autre à travers toutes les positions intermédiaires, sans faire autre chose que de remettre en mémoire des options fondamentales connues de tous. Comme donc l'examen de cette question aurait consisté en un résumé de l'histoire de la philosophie, il me fallait imaginer une autre approche.

Mais peut-être peut-on retenir au moins une chose: la pratique normale des juristes, du moins dans des circonstances historiques ordinaires et dans l'ordonnement du droit que ces juristes ont mis en œuvre dans la tradition occidentale, se passe apparemment fort bien de la philosophie. Oserais-je à ce stade déjà faire un pas de plus, en disant que la justice non seulement n'est pas un concept juridique, mais est un concept inutile dans l'ordre juridique? Je n'en suis pas encore convaincu et ne remplacerai pas ici d'ores et déjà le point d'interrogation par un point d'exclamation.

### 3. – DE L'ÉTHIQUE DU DROIT À L'ÉTHIQUE DE LA POLITIQUE

La question des rapports entre le droit et l'éthique a surgi à une époque bien précise, me semble-t-il. On pourrait avoir ici peut-être une meilleure entrée dans la problématique que la précédente.

En effet, à mon avis, la question date historiquement de l'époque où des hommes, réunis en assemblée, se sont mis à faire des lois pour changer celles qu'ils respectaient auparavant simplement parce que c'étaient celles que leurs ancêtres avaient respectées. Ce moment, c'est l'Athènes des VI<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles avant Jésus-Christ. Ainsi, délibérant d'un projet, ils envoyèrent Solon en Egypte pour qu'il s'y informât des règles qui y étaient appliquées, pour pouvoir se prononcer eux-mêmes avec toute la sagesse que requerrait ce qu'ils venaient d'inventer: un organe dont la fonction même était de créer du droit. Peu après, Platon fait dialoguer Socrate et Protagoras: y a-t-il au-dessus des lois humaines une Idée de ce que ces lois doivent être pour être véritablement des lois? En d'autres mots: y a-t-il une *éthique du droit*? Mais, chronologiquement et logiquement, une autre question se pose préalablement et agita les Athéniens, celle de l'organisation de la cité: selon quelles règles les lois doivent-elles être adoptées?

Cette question-ci est capitale: elle a traversé toute notre histoire pour aboutir, dans la pensée politique occidentale, à des structures politiques assez variées qui ont néanmoins un point commun: elles peuvent toutes se décrire théoriquement comme des synthèses approximatives de courants de pensée sur lesquels on peut

mettre les noms de Locke, de Montesquieu, de Rousseau. A savoir, premièrement, la différenciation interne de l'organisation étatique entre trois organes et trois fonctions, deuxièmement, la prédominance de la fonction législative démocratiquement légitimée et, troisièmement, la garantie des droits constitutionnels des citoyens. Mais ce qui m'intéresse ici est de constater que ce fut immédiatement – à Athènes même – que s'est posé le problème du *droit de la politique*: c'est-à-dire, étant donné qu'un pouvoir créateur de droit existe, selon quelles règles doit-il être composé et selon quelles règles doit-il fonctionner? Je dis bien: un pouvoir créateur, et plus précisément: expressément et volontairement créateur, investi explicitement de cette fonction d'innovation. En d'autres mots: un pouvoir politique – par opposition à un pouvoir qui prétendrait simplement que les règles qu'il impose sont la traduction de normes supra-humaines (où que soit située cette dimension), pouvoir que j'appellerai religieux<sup>5</sup>.

Or, constituer un droit de la politique, c'est écrire les lois de la politique.

Et, par là, on aboutit directement à la question de l'*éthique de la politique*: quelle est l'organisation juste? Et je viens de rappeler quels sont les modes d'organisation qui, dans la pensée occidentale, et après bien des conflits meurtriers, sont considérés en général comme «éthiquement corrects». Si on voulait les résumer avec le moins de mots possible, on pourrait être tenté de dire qu'il s'agit d'une laïcisation de la dimension politique: *Rex legibus non solutus*. Qui serait *Rex* au-dessus des lois? Un pouvoir qui se dit légitimé par une autre instance que celle de la communauté qu'il prétend diriger – dans l'histoire, un pouvoir fondé sur la reconnaissance d'un lien religieux de l'organisation sociale. C'est bien à une désacralisation que l'on assiste lorsque la plèbe romaine exige la publication par les prêtres des formules procédurales qui ouvrent l'accès au juge – révolution populaire qui est à l'origine du droit romain; en même temps que l'avènement – dans le sang – du droit constitutionnel, la décapitation de Louis XVI renverse définitivement la cérémonie du sacre royal à Reims.

Cela nous donne trois couples successifs – éthique du droit, droit de la politique, éthique de la politique, qui ont cette problématique en commun: si des valeurs doivent être socialement reconnues, il y faut une procédure. Mais cette procédure doit obéir à certaines valeurs. Conclusion provisoire, que l'histoire même récente a tristement rendue banale: si la communauté veut prendre pour elle et sur elle la fonction du pouvoir, elle débouche sur une circularité des valeurs. Extrême fragilité des démocraties, c'est-à-dire extrême fragilité de leur éthique.

A moins de pouvoir justement la fonder sur autre chose. A vrai dire, les candidats ne manquent pas.

#### 4. – DÉRIVES

Il y a eu par exemple le prétendu décodage du sens de l'histoire: le «découvrement» de lois qui régiraient le cours des choses humaines – le fondement par le matérialisme scientifique. Il y a eu, par le détournement du *Volksgeist*, la révélé-

<sup>5</sup> Voir chez Cornelius Castoriadis, cité plus bas note 15, la définition de la politique et celle des notions d'autonomie et d'hétéronomie.

lation d'une identité raciale fondatrice d'un pouvoir populaire incarné directement dans un chef; il y a aujourd'hui, comme version édulcorée, les vertus traditionnelles d'une nation historiquement définie. Il y a aussi le néolibéralisme – la force et la rigueur des lois du marché auxquelles il faut se plier. On se rend aisément compte qu'une chose est commune à ces diverses tentatives: ce que l'on peut nommer leur naturalisme, à savoir leur prétention à fonder sur un réel de référence l'aménagement du pouvoir.

La laïcisation a alors tout l'air d'avoir parfaitement abouti, puisque le fondement n'est plus dans une construction mythique – un au-delà d'essence religieuse, où se déploie une volonté divine supérieure – mais tout simplement dans la nature des choses. Bien sûr, il est facile de voir que cette nature des choses est un pseudo-réel: une construction, donc en réalité un mythe, bien que non plus dans une prétention à la transcendance. Mais il est également facile de constater avec quelle facilité ces constructions sont prises pour ce qu'elles ne sont pas: une réalité factuelle – d'où l'hypothèse communément admise qu'elles correspondent à un besoin d'une intensité terrible, à tel point qu'elles autorisent les pires ravages. Il est enfin facile d'assimiler ce besoin à l'existence (également) naturelle d'un désir de religion, et de condamner ainsi cette entreprise de laïcisation qu'ont tentée les démocraties occidentales: elle serait par essence vouée à l'échec, parce que formant un rempart insuffisant à ces retours du refoulé dont l'histoire n'a fourni que trop de manifestations.

Aujourd'hui, il semble bien, d'ailleurs, que les derniers partisans de cette laïcisation essaient assez péniblement de mettre en forme une sorte de religion laïque – celle des droits de l'homme – célébrée de diverses manières, dont la plus rituelle est l'audition liturgique de la neuvième symphonie de Beethoven. Sur le plan de la phraséologie éthique, on discourt de la valeur de la personne humaine ou même, plus largement, en intégrant la doctrine écologique, de celle de la nature. Pour caractériser ce courant, je ne commenterai pas les innovations juridiques aventureuses en quoi consiste par exemple l'attribution de la personnalité à des forêts ou aux animaux de compagnie. Mais je ne puis m'empêcher de penser qu'ici aussi, on se trouve en présence d'un avatar de naturalisme: la recherche de plus en plus désespérée dans la nature des choses (l'homme étant compris dans ces « choses ») d'une éthique qui ne serait pas circulaire, qui échapperait au cercle vicieux (le comble pour l'éthique!) de n'avoir pour référence qu'elle-même.

## 5. – DE LA POLITIQUE DU DROIT AU DROIT DE L'ÉTHIQUE

On peut évidemment m'objecter que j'ai formé mes trois couples, entre éthique, juridique et politique, pour arriver à ce résultat: l'éthique a besoin d'une religion, tout comme le droit ou le politique. On pourrait aussi me dire que prendre pour point de départ un phénomène historique me condamne en même temps à ne pas pouvoir quitter le domaine du relatif et à devoir constater que, laissé à lui-même, *homo homini lupus*. Immanence ne rime pas avec innocence: conclusion pessimiste.

Essayons donc un nouveau commencement, en formant nos couples autrement.

*Politique du droit*: le droit incorpore des valeurs – il n'est guère nécessaire d'insister là-dessus. Il a pour fonction d'en assurer le respect ou la concrétisation. Citons pêle-mêle, et sans aucune hiérarchie quelconque: la protection de la vie; celle de la famille, des mineurs; la solidarité sociale; le développement durable, etc. Le droit a sous cet angle une fonction instrumentale: il ne détermine pas lui-même les valeurs socialement reconnues, il les reçoit dans les processus de décision politique. Il n'a donc pas – toujours sous cet angle – une dimension éthique propre: son contenu normatif ne fait que constater le résultats des débats politiques.

Il y a donc une *politique de l'éthique*. Quelle est la fonction des valeurs dans les jeux de pouvoir? Comment s'arbitrent les conflits de valeurs? Il n'est que de faire allusion par exemple à la problématique de l'avortement pour montrer que les valeurs ne sont jamais neutres. D'abord, elles ne se laissent pas isoler. Si tous sont d'accord sur le principe du respect de la vie, ce que signifie «vie» dépend pour chacun – évidemment dans certaines limites – du sens que prend cette valeur dans un ensemble plus vaste, beaucoup plus vaste, qui est celui de l'image que chacun se fait du monde. Il ne s'agit donc jamais seulement de l'avortement: d'où l'inévitable confusion du débat. Non seulement il n'est pas certain que ce qui tient le plus à cœur des partisans de telle ou telle solution soit réellement ce qui est en cause – qui n'a alors valeur que de symbole; mais aussi l'enchevêtrement est tel qu'il ne peut pas être démêlé – la question ne peut alors être que tranchée par une décision simplificatrice d'un conflit (qui, comme exercice de pouvoir, renaîtra d'ailleurs autrement, sur d'autres enjeux). Précisément, la politique de l'éthique sert à cela: isoler des valeurs éthiquement discutées pour les acheminer vers une solution réductrice, qui est la consécration juridique.

La question est dès ce moment celle de la capacité réductrice de l'ordre juridique et de l'évaluation de ses effets. Prenons un premier exemple. Se présente Jacques Dupont, dont la jouissance des droits civiques est contestée: les réductions opérées par la norme applicable – nationalité et âge – permettent facilement de trancher. Il n'y a aucun conflit de valeurs, et la solution ne demande aucune validation sous l'angle éthique. La norme a déjà décidé, de manière exhaustive. Prenons un second exemple. Une élève musulmane porte le voile à l'école. Le directeur de l'établissement prend une décision – quelle qu'elle soit – laquelle est contestée: comment régler le conflit? D'un côté – pour admettre le port du voile – nous avons la garantie de la liberté religieuse, celle de la liberté personnelle, la protection des minorités; de l'autre – pour le prohiber – nous avons le principe de l'égalité des sexes, celui de la laïcité de l'enseignement public et de son fonctionnement, celui de l'intégration des étrangers. Que faire? Manifestement, il y a un conflit de valeurs. On pourrait penser à une solution réductrice: adopter une norme sur ce point. C'est une fausse solution, car elle ne débarrasserait pas l'ordre juridique du conflit: simplement, il serait porté à un niveau supérieur – à savoir: cette norme est-elle conforme à la Constitution, voire à la Convention européenne des droits de l'homme? Pour qu'une réduction fonctionne ici, il faudrait donc que cela soit la Convention elle-même qui statue. C'est peu probable, mais admettons que, adoptant une règle claire sur le port du voile dans les écoles, elle le fasse. Voici que se présente un autre conflit, par exemple sur le port d'un collier avec une croix: la question serait alors celle de l'analogie entre le voile et la croix, qui n'est pas évidente (deux éléments sont différents en tout cas: en rapport avec le sexe et

avec l'intégration culturelle du symbole religieux). Posons alors une règle plus générale – toujours par hypothèse dans la Convention –, interdisant tout symbole religieux dans les bâtiments publics. Mais voici que, un mois de décembre, une commune expose dans l'hôtel de ville une crèche et divers autres objets, dont un ours en peluche (le cas s'est effectivement produit, aux États-Unis): faut-il, en application de la règle, permettre l'ours et interdire la crèche?

Au-delà de l'anecdote, ce que je montre ici, c'est que, loin d'être réductible à une simple opération de reproduction des choix faits par le politique, le droit contient manifestement des marges de liberté qui placent le juge devant des problèmes éthiques. Et il ne peut en aller autrement: la liberté et l'imagination des hommes provoquent l'imprévisibilité des structures conflictuelles possibles. C'est là le problème méthodologique le plus important qui se pose aux juristes, qui est en quelque sorte celui du *droit de l'éthique*: comment faire juridiquement, lorsqu'aucune règle ne prédétermine une solution et que seule la référence à une valeur reste à disposition? Ils le résolvent de la manière la plus pragmatique. Ils répertorient toutes les valeurs pertinentes – c'est-à-dire celles qui, d'une manière ou d'une autre, peuvent être trouvées dans l'ordre juridique et ont quelque chose à dire sur le conflit – et excluent les autres; par exemple, s'agissant d'un cas analogue à celui du port du voile, le Tribunal fédéral suisse a considéré que la valeur de l'intégration dans la culture du pays d'accueil n'avait pas à être prise en compte. Ensuite, ils analysent les faits, de manière à avoir quelques données sur les enjeux de chacune des valeurs en cause. Puis ils tranchent. Cette opération porte un nom métaphorique: la balance des intérêts. Mais il est aisé de voir qu'il n'y a rien à peser parce que rien, dans les deux plateaux, n'est commensurable. L'opération est donc mystérieuse. Ou plutôt c'est une solution de fortune: elle consiste à former pour le cas d'espèce – la crèche et l'ours en peluche – une règle qui s'intègre le mieux possible dans l'ensemble des valeurs que l'on peut découvrir à l'intérieur du système normatif.

La conséquence est claire: ayant à statuer au moyen d'un ensemble de valeurs, les unes parallèles, les autres divergentes, le juge accomplit un acte qui par essence est de nature politique. Cela est manifeste dans les exemples que j'ai cités: l'image que la société se donne d'elle-même et à elle-même dans sa globalité (et non pas seulement sur le point en litige) est absolument différente selon la solution que le juge retient. Certes, ce n'est pas toujours aussi spectaculaire; mais cette dimension – à appeler «micro-politique» pour l'opposer aux actes des organes communément désignés comme politiques – est, selon les enjeux à des degrés d'intensité variables, quasi toujours présente dans les actes de concrétisation d'une norme juridique – même dans la manière dont un fonctionnaire vous reçoit à son guichet pour vous accorder ce à quoi vous avez droit. Il y a donc une *politique du droit* – ce qui nous renvoie au point de départ que nous avons retenu il y a un instant – nous sommes toujours dans la circularité.

## 6. – AUTO-DÉVELOPPEMENT AUTO-RÉFÉRENTIEL

Autre chose que la circularité entre les trois entités trinitaires est cependant à mettre en évidence dans le fonctionnement du système juridique: car on y retrouve aussi de la circularité, mais sous une tout autre forme. J'ai montré com-



ment, face à un litige auquel aucune norme ne donne immédiatement une solution concrète prédéterminée, le juge cherche une issue dans la confrontation des valeurs que lui révèle l'ordre juridique. Il formule pour arriver à une conclusion une règle concrète avec laquelle il va résoudre le conflit. Dans un certain sens, il n'innove pas, parce que sa maxime méthodologique le conduit à rechercher un contenu qui s'intègre le plus adéquatement à l'ordre juridique en vigueur : c'est à cette condition que sa décision sera reçue comme jurisprudence – c'est-à-dire perçue comme légitime.

On voit que le système doit fonctionner de manière auto-référentielle pour être juridique. C'est pourquoi l'une des règles fondamentales est celle de la sécurité (ou de la prévisibilité) du droit.

On peut l'exprimer autrement : pour ce qui concerne le système juridique, la circularité est une vertu.

Toutefois, à chaque nouvelle règle concrète, le système de valeurs se concrétise aussi. On ne peut pas dire seulement qu'il se précise – comme s'il ne s'agissait que d'un changement d'oculaire qui permettrait de mieux voir ce qui existait auparavant. Le conflit qui a dû être résolu était, par définition, nouveau : rien, dans l'ordre juridique, ne permettait de le résoudre par une référence immédiate qui aurait simplement consisté à reprendre une solution prononcée antérieurement. Il a fallu un travail d'élaboration original, lequel aboutit nécessairement à une solution qui, *a priori*, n'était prévisible qu'avec une certaine marge d'incertitude, plus ou moins grande suivant les situations, mais néanmoins quasi toujours présente. Dès lors, toute règle concrète formée dans un cas d'espèce va enrichir le système de valeurs, qui va donc se développer, se différencier, s'adapter, voire se modifier par sa concrétisation même.

Le juge : un photographe qui, en développant un négatif, donc par son activité même, modifie l'image qu'il est censé reproduire (métaphore qui rappellerait quelque chose au physicien à qui elle serait par hasard rapportée). Sous une forme non métaphorique : le droit est un système de valeurs qui est appelé à *se développer* de manière auto-référentielle. Le droit (re)produit les valeurs, et cela tout simplement parce qu'il doit *décider*.

## 7. – QUELQUES MOTS SUR KANT

Ce mot de décision, je l'ai cherché dans un ouvrage dont je pouvais penser qu'il était représentatif, parce que destiné à l'enseignement universitaire de la philosophie<sup>6</sup>. Il contient un index des notions – celle que je voulais ne s'y trouve pas, et elle ne figure dans aucun titre de la table des matières. Cette absence est quand même paradoxale : l'éthique doit bien, d'une manière ou d'une autre, redescendre dans le concret. De quoi l'absence est-elle alors significative ? Est-elle due à l'influence kantienne ? au paradigme de la loi comme impératif catégorique ? On peut le penser<sup>7</sup>. Car il n'y a proprement plus de règle concrète à formuler pour une

<sup>6</sup> Il s'agit du livre de Jean-Jacques Wunenburger, *Questions d'éthique*, Paris, PUF, 1993, 389 p.

<sup>7</sup> En réalité, il faudrait faire l'histoire du concept de généralité/abstraction comme contenant *a priori* toutes les qualités pertinentes de l'individuel/concret.

action, s'il n'y a liberté que dans le choix délibéré de la norme abstraite dont la décision va nécessairement découler: on se trouve aux antipodes de la méthodologie que je décris. C'est le moment de rappeler l'apologue, bien connu, à trois personnages: le brigand, le philosophe et l'ami de ce dernier. Rappelons l'histoire en quelques mots. L'ami, poursuivi par le brigand, cherche refuge chez le philosophe; celui-ci rencontre le brigand, qui lui demande si l'ami a trouvé abri chez lui. Le philosophe doit-il dire la vérité ou peut-il mentir? A Benjamin Constant, qui considérait que «dire la vérité n'est [...] un devoir qu'envers ceux qui ont droit à la vérité», Kant répond:

C'est [...] un commandement de la raison sacré, absolument impératif et que ne peut limiter aucune convenance: que d'être *véridique* (honnête) dans toutes ses affirmations. [Ce qui est en cause n'est pas] le danger de *nuire* (accidentellement) mais celui de *commettre une injustice* en général: laquelle se produirait si je transformais le devoir de véracité, qui est absolument inconditionné et constitue dans les déclarations la condition juridique suprême, en un devoir conditionné et soumis à d'autres considérations encore; et bien que par un tel mensonge je ne commette de fait une injustice envers personne, je viole cependant en général le principe du droit concernant toutes les déclarations inévitablement nécessaires. [...]. Celui qui accepte qu'un autre lui pose la question de savoir si, dans la déclaration qu'il doit faire maintenant, il a l'intention d'être véridique ou non, sans s'indigner tout de suite du soupçon qu'on manifeste par là à son encontre qu'il pourrait bien être un menteur, mais qui demande l'autorisation, ne serait-ce que de réfléchir à des exceptions possibles, est déjà un menteur (*in potentia*); parce qu'il montre qu'il ne considère pas la véracité comme un devoir en soi mais se réserve la possibilité de faire des exceptions à une règle qui dans son essence n'est susceptible d'aucune exception parce qu'elle s'y contredit directement elle-même<sup>8</sup>.

Kant était-il aussi grand juriste qu'il était grand philosophe? Je n'en suis pas certain. Il appuie sa démonstration sur une variation casuistique de l'histoire. Avant de le suivre sur ce terrain, j'aimerais ajouter une première variation de mon crû, à savoir que si j'étais cet ami, je me garderais bien d'aller me réfugier chez un philosophe d'une si grande rigueur: ce qui, étant le cas de toute personne sensée, a pour conséquence que notre philosophe n'aura jamais à affronter une telle situation, et que, pour lui, le problème restera toujours dans les limbes de l'abstraction. Hegel:

Selon cette conscience [morale] j'agis moralement quand je suis *intérieurement* conscient de n'accomplir que le pur devoir, et non pas *n'importe quoi d'autre*, ce qui signifie en fait quand je *n'agis pas*<sup>9</sup>.

Pour Kant, ce qui va se passer réellement après relève de l'accident. Il pourrait ainsi arriver, dit-il, que le philosophe mente, mais que l'ami quitte le refuge: le brigand le rencontre et le tue – alors que, poursuit Kant, «si tu avais dit la vérité telle que tu la savais, le meurtrier aurait peut-être été arrêté, pendant qu'il recherchait son ennemi dans la maison, par des voisins qui auraient accouru, et le crime

<sup>8</sup> Kant, *Sur un prétendu droit de mentir par humanité*, in *Des réflexions sur la fin de toutes choses à l'examen d'un prétendu droit de mentir par humanité*, in *Les derniers écrits entre 1792 et 1804*, Paris, Gallimard, La Pléiade, 1986, t. 3, pp. 435 ss (pp. 438, 440/1; trad. Luc Ferry) (je dois la connaissance de ce texte à Marie-Jeanne Borel).

<sup>9</sup> Hegel, *La phénoménologie de l'esprit*, Paris, Aubier, t. 2, 1941, p. 173 (trad. Jean Hyppolite; les réimpressions successives de l'ouvrage ont conservé les mêmes paginations).

aurait été empêché». Il peut donc se produire n'importe quoi dans les faits, ce qui justifie que le devoir ait à être appréhendé en soi. Il continue en affirmant que le menteur serait alors juridiquement responsable – «celui qui ment, quelque bien intentionné qu'il puisse être, doit répondre des conséquences de son mensonge [...] et en payer le prix, quel que soit leur caractère imprévisible. En revanche, «si tu t'en es tenu strictement à la vérité, la justice publique ne peut rien faire quelles que soient les conséquences imprévues».

À mon avis, juridiquement, Kant est dans l'erreur. Le droit subordonne la responsabilité non pas à la causalité naturelle, mais à la causalité adéquate : on ne répond que des conséquences de faits telles qu'elles se produisent dans le cours normal et ordinaire des choses, tel qu'un homme sensé serait à même de les prévoir ; dans la variation casuistique de Kant, il n'y aurait donc pas nécessairement responsabilité. Il n'y aurait pas forcément non plus irresponsabilité dans le cas où la vérité serait dite : il suffit de remplacer le philosophe par un policier qui se serait engagé à assurer la sécurité de celui qui la lui demande. Voilà bien un nouveau casus, dont la solution rend problématique l'affirmation de Kant selon laquelle «[mon mensonge aurait] pour effet que des déclarations en général ne trouvent pas de créance, et que par conséquent, tous les droits qui sont fondés sur des contrats tombent également et perdent leur force». On rejoint alors la critique de Hegel – parce que le philosophe, en accueillant son ami, s'est bien engagé à quelque chose : s'il veut donc éviter de mentir, il ne lui reste plus qu'à ne pas signer de contrats – ne pas agir, disait Hegel à propos de la «belle âme» :

[...] la bonne conscience ne sépare pas les circonstances du cas en devoirs divers. Elle ne se comporte pas comme *milieu positif universel* dans lequel les devoirs multiples recevraient, chacun pour soi, une substantialité inébranlable. Si elle se comportait ainsi, *ou bien* il ne serait pas possible d'agir, puisque chaque cas concret contient l'opposition en général et, comme cas moral, l'opposition des devoirs, et que dès lors dans la détermination de l'action, un côté, un devoir, serait toujours violé ; – *ou bien* si l'action avait lieu, la violation d'un des devoirs opposés se produirait effectivement. [...] La conscience séjourne dans l'universalité de la pensée, se comporte comme conscience qui *appréhende* intellectuellement, et sa première action est seulement le jugement [...]. La conscience du devoir se comporte seulement en *appréhendant*, c'est-à-dire *passivement* [...]. Elle s'est conservée dans sa pureté, car elle *n'agit pas* ; elle est l'hypocrisie qui veut qu'on prenne pour opération effective le fait de juger et, au lieu de montrer la droiture par l'action, la montre seulement par la proclamation de ses excellentes dispositions<sup>10</sup>.

Quittons là la philosophie, pour insister sur un terme que je viens d'employer : celui de casus. Le juriste raisonne par cas, il établit une casuistique – comme celle que j'ai faite tout à l'heure à propos de la liberté religieuse. Par l'analyse des analogies et des dissemblances entre des histoires différentes, il définit le sens des critères qui lui sont donnés par l'ordre juridique en rapport avec le cas auquel il est concrètement confronté. Ce travail – auquel, à tort ou à raison, les Jésuites ont donné une fort méchante réputation – n'est pas souvent bien compris par les «justiciables», qui accusent volontiers les juristes, ce faisant, de tourner la loi. Il faut dire qu'ils ont pour la plupart une vision kantienne de leur point de vue, parce qu'ils déduisent la justesse de leur cause de la seule lecture de la norme qui leur

<sup>10</sup> *Op. cit.*, pp. 172, 193. Voir aussi Cornelius Castoriadis, *Le cache-misère de l'éthique*, in *La montée de l'insignifiance – Les carrefours du labyrinthe IV*, Paris, Le Seuil, 1996, p. 211 ss.

paraît leur rendre justice. Mais je garderai volontiers leur expression, en y ajoutant quelques mots: le droit implique qu'on tourne la loi et qu'on y retourne.

## 8. – LE DROIT COMME SYSTÈME D'ACTEURS

Mais comment cet auto-développement du droit par la casuistique ne mène-t-il pas à des conséquences invraisemblables: comment évite-t-on de déboucher sur un pur et simple décisionnisme, avec tous les risques d'arbitraire que cela comporterait? Précisément par cette démarche de tour et de retour.

La plupart des philosophes du droit parlent du droit qui leur est le moins étranger: le droit pénal. Ils lisent les comptes-rendus des procès pénaux – ou, en tout cas, des romans policiers; ils ont parcouru le code pénal – la partie du droit la plus aisée d'accès. Ils se fondent donc sur ce segment de l'ordre juridique qui a le rapport le plus évident avec la morale, puisqu'il concerne les actes qui sont moralement à tel point répréhensibles qu'ils méritent sanction. Cela explique que le droit soit appréhendé comme un système de normes impératives et que la philosophie s'attache à expliquer pourquoi il est précisément impératif, ce en quoi consisterait son essence; pour elle, le caractère répressif du droit ne suffit donc pas à la définition: il se justifie par le fondement moral de ses prescriptions<sup>11</sup>.

C'est là une vision de théorie du droit qui est courante, mais erronée, parce que tronquée. Le système juridique est bien un ensemble de normes: cela est exact, encore qu'elles ne soient pas toutes répressives. Cet ensemble est l'ordre juridique, machinerie fort complexe, dont le maniement requiert des connaissances spéciales. Mais le système juridique est aussi un système d'acteurs: des juges, des avocats, des notaires, des juristes d'entreprises, des professeurs de faculté. Tous ont reçu une formation spécifique, qui leur donne les connaissances requises et dont l'achèvement marque l'entrée dans la corporation. Tous travaillent en relation les uns avec les autres, selon des aménagements adéquats: très concrètement, en se parlant les uns aux autres. Cela est essentiel à toute compréhension du droit.

Tout d'abord, il y a la différenciation des rôles (le mot «acteur» est utilisé dans son sens propre et dans le sens figuré que la sociologie lui a donné). Les procédures les distribuent de telle manière qu'aucune décision ne soit prise en dehors d'une relation qu'on peut appeler dialectique: non seulement en vertu du principe *et audiatur altera pars*, mais aussi parce qu'il peut presque toujours être fait appel d'une décision auprès d'une instance supérieure. Mais il y a plus, et ce plus est assuré par la publicité de la justice (au sens fonctionnel de ce terme). Parmi les modes de publicité, le plus important (bien que les profanes ne s'en rendent pas compte) est celui de la jurisprudence: les arrêts sont publiés, et, s'ils sont publiés pour rendre la jurisprudence accessible, ils peuvent faire dès lors l'objet de toutes

<sup>11</sup> Par exemple J.-J. Wunenburger, *op. cit.*, p. 254 ss: «A la différence de la loi morale, qui n'exerce son obligation que sur l'intériorité de la conscience, la loi juridique émane d'une institution publique, externe, à laquelle est attachée une force de coercition, qui permet de contraindre à l'obéissance et d'infliger des peines en cas d'infraction. [Ce faisant] le droit non seulement s'appuie, dans ses énoncés les plus essentiels, sur une conception morale du bien commun, mais il remplit effectivement une fonction moralisatrice, dans la mesure où il a la possibilité de frayer la voie à des actions bonnes et de détourner les individus d'actions mauvaises».

sortes de commentaires, d'approbations ou de critiques. Dès lors, non seulement le droit peut être corrigé de l'extérieur – par la modification de l'ordre juridique à laquelle procéderait une autorité politique; mais de plus, voire surtout, le développement auto-référentiel du droit est auto-contrôlé et peut s'auto-corriger, par les voies de recours et par les critiques internes au système des acteurs juridiques.

Je viens d'utiliser le mot «profane», après avoir hésité à utiliser «laïc». Ce n'était pas sans arrière-pensée. Le droit fonctionne grâce à la corporation des juristes, investis d'une fonction spécifique: dire le droit. Cette corporation est relativement fermée, elle est munie de textes – d'écritures – auxquelles elle se réfère selon des rites: cela ressemble à s'y méprendre à un corps de prêtres, officiant dans des édifices consacrés<sup>12</sup>. Le droit: une religion sans divinité? La laïcisation du pouvoir ne pourrait-elle se passer d'un clergé? La réponse est assez évidente. Si le droit repose sur la seule présomption de justice (comme on le verra dans un instant), il y a nécessairement une aspiration de justice, un désir que les réalités de ce monde laissent inassouvi. La faille qui se crée ainsi ne peut être comblée que par une organisation symbolique suffisamment forte pour pouvoir porter en même temps l'espoir et la frustration. Cela suppose en même temps une fonction spécifique – de médiation – et une mise à distance<sup>13</sup> – c'est-à-dire un clergé.

## 9. – RATIONALITÉ INTERNE

J'ai dit il y a un moment que le droit doit décider. Mais on aura compris qu'il ne se réduit pas pour autant à un simple décisionnisme arbitraire. Il faut insister sur ce point. C'est un système qui se gouverne précisément grâce à sa constitution en système, laquelle lui permet d'assurer une rationalité interne: la solution juste à tout conflit est celle qui s'intègre le mieux dans l'ensemble, comme une partie dans un tout. Et j'emploie le mot juste dans ses deux acceptions: exact et éthique. Cette équivalence est fondée à la condition d'une précision: les solutions concrètes sont *présumées* justes, et cette présomption est absolument nécessaire si l'on veut que les conflits soumis au droit trouvent une issue définitive. Cette dernière proposition établit la fonction sociale propre du système juridique: liquider les conflits dans l'ordre d'une rationalité fondée sur la communication. On y retrouve en effet les divers éléments que j'ai mis en lumière: la nécessité d'une argumentation persuasive, rendue publique, et fondant une décision impérative.

Rationalité persuasive, et non pas déductive; je suis tenté de dire: rationalité souple. Ce que je veux exprimer par là, c'est qu'il n'arrive que très rarement – répétons-le – que la solution puisse se tirer avec une nécessité de logique formelle d'une norme préexistante. Il y a quasi toujours, dans les règles juridiques, une marge d'incertitude qui ne peut être fixée que par rapport au cas concret; et

<sup>12</sup> L'extrait du *Digeste* cité à la note 3 se poursuit ainsi: «C'est avec raison qu'on nous appelle prêtres: car nous cultivons la justice et répandons l'idée du bon et de l'équitable, séparant l'équitable de l'inique, le licite de l'illicite» (D. 1,1,1,1).

<sup>13</sup> Laquelle s'opère notamment par la mise «en scène» des conflits: voir à ce sujet mon texte *Le droit comme mise en scène*, in «Revue européenne des sciences sociales», 1999, XXXVII, n° 113, pp. 129 ss.

chaque cas concret remet à nouveau en cause cette marge d'incertitude. On ne voit pas assez, à cet égard, que la relative liberté donnée ainsi à l'autorité est impliquée par celle des hommes à inventer quotidiennement de nouvelles péripéties à leur existence. Liberté relative, en ce sens que l'ordre juridique doit être d'une part assez ouvert pour lui permettre la solution de tout conflit, quelque imprévisible qu'il ait pu être, mais aussi suffisamment dense pour qu'il soit possible d'établir la rationalité des solutions particulières par le jeu des références aux arguments fournis par les normes générales<sup>14</sup>.

On peut ainsi tirer une conclusion de ce détour sur la structure et la méthodologie du système juridique, conclusion que vous aurez devinée lorsque j'ai fait intervenir le mot de présomption de justice. Le droit se fonde, dans la structure que lui donne sa méthode, sur l'idée (et l'idéal) de rationalité interne, ce qui l'autorise – lui et la société qui le produit – de faire l'économie de l'éthique. Cet aboutissement justifie que j'aie pu émettre l'hypothèse que la justice est un concept juridiquement inutile; il explique aussi pourquoi, ainsi que je l'ai dit en introduction, j'ai été à tel point embarrassé par le sujet même des rapports entre éthique et droit.

## 10. – AU SUJET DE LA DÉONTOLOGIE ET DE LA TECHNIQUE

Il reste cependant une dernière approche qui mérite attention. Le droit ne règle pas tous les conflits qui peuvent se présenter: il ne règle que ceux que le politique entend régler sur ce mode. Au-delà, le juriste n'a en tant que tel rien à dire sur l'éthique, qui peut donc à ses yeux reprendre tous ses droits (le juriste peut toutefois faire remarquer qu'il vient d'employer improprement ce terme de « droits »).

C'est ainsi qu'il est naturel que l'éthique entre dans la discussion sur ce que le politique entend faire entrer dans l'ordre juridique. On se trouve alors proprement dans la sphère de la politique, ordre autonome des « activité[s] collective[s], réflexion[s] et lucide[s], qui [surgissent] à partir du moment où est posée la question de la validité de droit des institutions »<sup>15</sup>. Quant à lui, le juriste se contentera de faire intervenir ce qui va relever de sa compétence, à savoir la compatibilité et la faisabilité juridiques de projets politiques de normes: comment peuvent-ils entrer dans la systématique de l'ordre juridique, et sont-ils utilisables dans la méthodologie de la rationalité interne?

Il se développe cependant une zone grise dans certains domaines, où droit et éthique se superposent partiellement et confusément. Le premier dont je veux dire quelques mots ici est celui de la déontologie – c'est-à-dire de l'éthique professionnelle.

<sup>14</sup> L'approche la plus actuelle de l'exigence de rationalité à l'œuvre dans le travail juridique se trouve dans Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Berlin, 1993 (*Discours de la méthode juridique*, Paris, 1996, trad. Olivier Jouanjan),

<sup>15</sup> La politique au sens de Cornelius Castoriadis: *Anthropologie, philosophie, politique*, in *op. cit.* ci-dessus, p. 120. Par « ordre », il faut entendre que le politique s'auto-organise en politique par la médiation juridique.

Les règles déontologiques ne sont pas des règles de droit. Elles sont élaborées par des groupements professionnels – médecins, avocats, chercheurs, etc. – et sont principalement destinées à assurer un certain ordre dans les activités de leurs membres; si elles ne sont pas posées explicitement, elles résultent de la tradition et de la pratique.

Le droit s'y réfère parfois expressément: il utilise alors souvent les termes de règles de l'art ou des usages en cours dans la profession. La référence peut toutefois être implicite: ainsi lorsqu'une loi régit spécifiquement telle ou telle activité et qu'elle dispose qu'il faut en toutes circonstances agir avec diligence et conscience – ainsi pour les fonctionnaires –, mais aussi, de manière générale, dans le cas d'une responsabilité, lorsqu'il faut déterminer si l'auteur d'un acte dommageable a commis une faute professionnelle.

D'où viennent ces références? C'est pour le législateur une solution commode lorsqu'un secteur s'est spontanément doté de règles internes qui y assurent déjà un certain ordre: il ne paraît pas nécessaire de légiférer autrement qu'en posant quelques principes généraux.

On retrouve d'ailleurs la même configuration dans les domaines techniques, où le législateur renvoie fréquemment à des normes du secteur privé – par exemple la loi pose le principe de la sécurité de machines ou d'installations, se référant pour le surplus, expressément ou implicitement, aux règles et connaissances du secteur concerné. (Ce rapprochement entre éthique et technique n'est pas si incongru qu'il y paraît à première vue: on le verra dans un instant.)

Comme ce ne sont pas des normes juridiques, le juge ne les applique pas directement; il n'est pas lié par les règles déontologiques en tant que telles. Dans la pratique, il s'en écarte toutefois rarement. Il vérifiera qu'elles concrétisent bien les valeurs postulées par la loi et ne poursuivent pas d'autres intérêts – par exemple de nature corporatiste, en posant des exigences excessives à la pratique et en limitant ainsi l'accès à la profession; il vérifiera aussi qu'elles font l'objet d'un consensus dans les milieux intéressés. Mais, malgré cet examen, qui souvent ne peut être que restreint parce que le juge n'a pas les connaissances spéciales nécessaires ou que le législateur n'a pas voulu décider lui-même de règles impératives, il faut bien avouer que le droit endosse ici une responsabilité sur laquelle il n'a que partiellement prise: il ne trace qu'un cadre, fréquemment assez large, à l'intérieur duquel des pouvoirs privés peuvent se déployer librement.

## 11. – L'ÉTHIQUE SEULE?

Une autre zone grise existe dans laquelle il faut prendre des décisions et où, à côté de critères ayant trait à la conformité juridique, sont convoqués des critères relatifs à la justification éthique: concrètement dit, à côté des juristes apparaissent des «éthiciens». Le droit paraît ici insuffisant à régler exhaustivement les conflits potentiels: l'éthique est appelée pour combler le vide qu'il semble abandonner. Dans la pratique, cette zone grise se manifeste par la création de commissions, dont certaines sont d'ailleurs explicitement dénommées «d'éthique». Mon expérience personnelle en donnera une illustration.

Je siège dans une commission d'éthique en matière psychiatrique. Elle doit préavisier les projets de recherche sous l'angle de l'éthique. J'ai eu quelquefois le



sentiment qu'y règne une pratique du soupçon généralisé. Notre commission, en effet, se donne le « privilège » de poser aux requérants n'importe quelle question et de les juger à l'aune de n'importe quel critère – je veux dire par là qu'elle décide elle-même de ce qui l'intéresse : elle appelle éthique ce qui lui semble à elle devoir relever de l'éthique. (Les autres membres de notre commission m'excuseront de présenter notre travail de manière caricaturale.) Un exemple. Un projet de recherche consiste à vérifier l'efficacité d'un médicament déjà commercialisé, par une étude dite en double aveugle – c'est-à-dire en concurrence avec un placebo. Le médicament est déjà bien connu, et l'apport scientifique sera quasi nul. En fait, la firme pharmaceutique qui le fabrique et qui finance la recherche désire recevoir une nouvelle caution scientifique qui lui permettra de relancer son produit sur le marché. Qu'en est-il éthiquement ? Les patients qui serviront de cobayes ne courent aucun risque : il n'y a donc aucun problème de ce côté. Mais voilà qu'est soulevé celui de l'éthique scientifique ! Il est apparemment manifeste : ce genre de recherche provoque une intrication progressive de la recherche « désintéressée » et du management commercial, intrication lourde de menace. L'opinion « éthique » de la commission a été quasi unanime. D'un côté, le préavis à donner ne pouvait être que favorable, parce que, du point de vue de la protection de la santé des patients, il n'y avait rien à critiquer. Mais, d'un autre côté, s'est formée aussi une opinion « interne » (c'est-à-dire non officiellement publiée), qui était bien une condamnation – certes privée d'effets – mais néanmoins claire.

Cela n'est pas sans poser problème. En effet, se formerait ainsi au sein de ce qui est juridiquement permis une nouvelle distinction entre ce qui est moralement permis et ce qui ne l'est pas. Mais il faudrait alors déterminer ce qui autorise une telle opération. Le problème est crucial pour une institution qui – comme une « commission » d'éthique – n'émet pas des jugements personnels, mais est proprement investie d'une fonction et dispose donc d'un pouvoir – même si ce pouvoir est juridiquement démuné d'armes et de munitions qui lui permettraient d'être coercitif.

La commission dont je viens de parler exerce sa fonction avec une grande retenue : un respect pour ses interlocuteurs qu'elle manifeste par sa capacité à dialoguer avec eux (même s'il arrive qu'ils ne le perçoivent pas). En va-t-il toujours ainsi ? J'ai entendu parler d'une autre commission de préavis, en matière d'adoption, formée de spécialistes (des personnes travaillant dans le secteur social), qui refuse systématiquement d'autoriser les adoptions par des personnes vivant seules : cela non parce que la loi l'interdirait (elle l'autorise clairement), mais parce que sa vision des choses est que cela est contraire au bien de l'enfant ; elle sait – un juriste au moins le lui a dit – que sa position est contraire à la loi en tant précisément qu'elle est de principe, mais elle semble vouloir persister. Or, émanant de spécialistes voués à la protection de l'enfance, tous désintéressés et animés de nobles intentions, les préavis jouissent d'une autorité morale certaine, et il faudrait une situation caractérisée pour démontrer dans un cas particulier que la commission n'a pas pensé au bien de l'enfant, mais seulement à faire prévaloir le principe : car aucun requérant à une adoption n'est parfait. Ce qui a pour conséquence que l'autorité administrative compétente pour décider suivra régulièrement les préavis donnés.

Il faudrait analyser ici les domaines où ces zones grises se sont installées : c'est un sujet en soi. Je dirai simplement ici qu'ils ont une caractéristique commune : la



difficulté à transcrire en règles juridiques les critères à appliquer pour arriver à une solution rationnelle, en d'autres termes à définir un argumentaire suffisamment consistant pour permettre l'élaboration d'une règle concrète. Cette difficulté existe aussi dans des domaines à forte technicité, et on y constate assez régulièrement le pouvoir des experts. Il se trouve que la mythologie d'un savoir technique neutre, c'est-à-dire dont le contenu est censément indépendant de valeurs éthiques subjectives, est assez envahissante pour investir aussi des domaines d'action sociale. Et on verra bientôt, par un singulier renversement, apparaître un savoir éthique technique – c'est-à-dire des spécialistes en éthique.

On me rétorquera qu'il y a bien des experts de la justice, les juristes. Je répondrai qu'il y a des différences essentielles. Contrairement aux juristes, les éthiciens n'ont pas de texte à suivre; ils ne doivent pas obéir à des rites; ils n'ont pas de compte à rendre, suivant des procédures spécifiques, sur la rationalité de leurs actes. Le droit, ai-je dit, est une religion sans divinité. Serait-il trop polémique de soutenir que l'éthique – autre forme de laïcité que le droit – est une divinité sans religion? Il existe des juges corrompus, des avocats véreux: cela ne suffit pas – dans certaines proportions – à mettre en péril le bon fonctionnement du système dans sa globalité, lequel est assuré par ses structures, indépendamment des personnes qui en sont les acteurs, et par la modestie de ses ambitions, qui ne prétendent qu'à une présomption de justice. Cette organisation fait défaut à l'éthique, qui, pour avoir un dieu, ne s'est pas constituée pour autant en clergé, et qui ne peut prétendre offrir les garanties d'un système limité par lui-même.

En fait, c'est aussi un problème posé au système juridique: la structuration, dans ces zones grises, de cette forme atypique de pouvoir qu'est le magistère moral. Pour l'instant, la seule réponse imaginée qui paraisse adéquate<sup>16</sup> – d'ailleurs bien plus en rapport avec la technique qu'avec l'éthique – est celle de l'organisation de procédures telles qu'elles permettent l'élaboration d'arguments et la prise de décisions dans la liberté de la communication partagée.

Cela implique cependant toute une série de démarches préalables. Il s'agit d'abord d'analyser les causes d'une situation éthiquement contestable. Il s'agit ensuite de poser, simultanément et en relation de réciprocité, les objectifs d'une intervention publique, les moyens requis pour les atteindre adéquatement, les personnes qui seront destinataires des mesures retenues. Faisant collaborer juristes, sociologues, politologues, économistes, on aura ainsi défini les éléments d'une politique publique aussi cohérente que possible. Il faudra enfin en proposer le projet aux instances politiques: à elles de décider – si elles en ont la volonté et les moyens.

*Institut de droit public  
Université de Lausanne*

<sup>16</sup> Principalement par Jürgen Habermas; voir en dernier lieu *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 (trad. Rainer Rochlitz et Christian Bouchindhomme)